

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

AUTO

CAUSA ESPECIAL

Nº de Recurso: 20048/2009

Fallo/Acuerdo: Auto Desestimando

Procedencia: QUERELLA

Fecha Auto: 23/03/2010

Ponente Excmo. Sr. D.: Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

Escrito por: IPR

***Causa Especial.- Recurso de Apelación**

Recurso N°: 20048/2009

Ponente Excmo. Sr. D.: Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

AUTO

Excmos. Sres.:

D. Juan Saavedra Ruiz

D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

D. Joaquín Giménez García

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Marzo de dos mil diez.

Dada cuenta. Se tiene por recibido el testimonio de los particulares, así como las actuaciones, que remite el Excmo. Sr. Magistrado Instructor, y a la vista de los siguientes,

I. HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 3 de febrero pasado el Excmo. Sr. Magistrado Instructor designado en la presente causa, dictó Auto en cuya parte dispositiva DICE:

"...DISPONGO: 1.- Tener por hecha la manifestación de queja sobre la duración de esta instrucción. 2.- No ha lugar al sobreseimiento de la causa.- Una vez firme esta resolución, si llegare a serlo, dese cuenta y se acordará.- Notifíquese a las partes personadas y al Ministerio Fiscal con indicación de los recursos que cabe interponer...."

SEGUNDO.- Notificada la anterior resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas, la defensa, dentro del plazo establecido, formuló Recurso de Apelación contra la misma por medio de escrito presentado en el Registro General de este Tribunal de fecha 10 de febrero pasado en base a las alegaciones que en él se contienen.- Se dio traslado por cinco días al Ministerio Fiscal y a la acusación de conformidad con lo preceptuado en el art. 766.3 de la LECriminal.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal en el trámite correspondiente, evacuó traslado con fecha 23 de febrero pasado en el que interesa *la ESTIMACION del recurso de apelación interpuesto, y en consecuencia, se proceda al SOBRESEIMIENTO y ARCHIVO de las actuaciones.*

La acusación, por escritos presentados el 23 de febrero pasado, *interesa su oposición al recurso formulado de contrario contra el auto de 3 de febrero de 2010, y tras los trámites legales oportunos, dicte resolución en la que confirmando la resolución recurrida acuerde la elevación del procedimiento a la fase de Juicio Oral.- Interesa igualmente se tenga por subsanada la redacción de la alegación séptima del anterior escrito de esta misma fecha respetando la redacción en los términos indicados.*

CUARTO.- Por Auto de uno de marzo pasado el Excmo. Sr. Magistrado Instructor acuerda: *dar cuenta a la Sala de los escritos por los que se interpuso recurso de apelación contra el auto de 3 de febrero de 2010*

denegando el sobreseimiento de la causa, y de los de alegaciones al respecto formulados por las partes personadas...."

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El objeto del presente recurso es el Auto de fecha 3 de febrero del presente año, dictado por el Excmo. Sr. Magistrado Instructor de esta Sala Segunda en la causa especial nº 20048/2009 seguida contra el actual Magistrado Titular del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, por delito de prevaricación. Auto en el que con extensa motivación se tiene por hecha la queja sobre la duración de la causa; y se declara no haber lugar a su sobreseimiento, desestimando así la pretensión formulada por el querellado.

Para la correcta decisión de este recurso, dirigido contra la denegación del sobreseimiento, la cuestión ha de situarse en el ámbito procesal que le corresponde, esto es dentro del marco jurídico que contiene las normas de la decisión. Y para ello son necesarias dos precisiones básicas:

1º) Lo que se impugna no es una Sentencia condenatoria sino un Auto que deniega la petición de sobreseer la causa, en fase de instrucción sumarial, es decir una resolución motivada que decide la procedencia de continuar su sustanciación. Como tal, forma parte de la fase de sumario –entendido en amplio sentido que incluye las Diligencias Previas del Procedimiento Abreviado-, y se mueve en el ámbito de lo indiciario, de los juicios de probabilidad, no en el de la prueba acabada y definitiva perteneciente al del Juicio Oral donde se residencia la actividad procesal del verdadero enjuiciamiento. Antes de él, la fase de instrucción sumarial está dirigida a determinar hasta qué punto la *notitia criminis* puede dar lugar al juicio, a fin de evitar un precipitado enjuiciamiento carente de justificación.

En este sentido el art. 299 de la LECriminal dispone que constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a “preparar el juicio” y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que pueden influir “en su calificación” y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos. En el ámbito del Procedimiento Abreviado y con análogo sentido el art. 777.1 de la LECriminal se refiere a las Diligencias Previas como aquéllas encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del

hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento.

Por lo tanto con la instrucción se trata de realizar las actuaciones necesarias para decidir, no si hay responsabilidad penal, sino si se debe o no abrir el Juicio Oral para decidir en él la posible responsabilidad de una persona determinada. De ahí que el grado de certeza en la fijación de los datos de hecho y el de valoración de la tipicidad penal hayan de ser los necesarios para garantizar la razonabilidad del enjuiciamiento, que no es el mismo que se necesita para decidir, ya en él, la condena del enjuiciado, o en su caso la absolución, teniendo en cuenta en este segundo supuesto el principio in dubio. Así, concluida la investigación sumarial, procede dictar en la llamada fase intermedia la apertura del Juicio Oral, o el sobreseimiento de la causa; sobreseimiento que ya sea el libre o el provisional, en procedimiento Ordinario (art. 634 y siguientes) o en el Abreviado (art. 749.1º), significa que el órgano judicial entiende que no se dan las circunstancias necesarias para enjuiciar o juzgar a alguien como acusado por lo que el proceso termina sin entrar en la fase del Juicio Oral. Lo que está en cuestión, cuando se acuerda o, como en este caso, se deniega el sobreseimiento, es por consiguiente la existencia de un fundamento razonable para sostener una acusación sobre la apreciación indiciaria de elementos objetivos y subjetivos que justifican enjuiciar al acusado, y no el problema de la procedencia de su absolución o de su condena, objeto exclusivo del Juicio Oral y de la sentencia.

Como señala la Sentencia del T.C. 141/2001 de 18 de junio “las diligencias sumariales son actos de investigación encaminadas a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 de la LECriminal) que no constituyen en sí mismas pruebas de cargo pues su finalidad específica no es la fijación de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el Juicio Oral proporcionando a tales efectos los elementos necesarios para los acusados y la defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador”. En el mismo sentido las SSTC 57/2002 de 11 de marzo y 2/2002 de 14 de enero.

Por consiguiente ni el plenario tiene por finalidad revisar la actuación del Instructor sino practicar las pruebas de acusación y defensa y el enjuiciamiento de fondo, ni el sumario constituye un enjuiciamiento anticipado de la acción del imputado, en el cual se haya de decidir el sobreseimiento por las razones que en el plenario llevan a la absolución, ni exigir para abrir el Juicio Oral lo mismo que sería en éste preciso para la condena. La duda que en el Juicio Oral conduce a la absolución justifica en el sumario la continuación

del proceso, por lo mismo que el sobreseimiento del proceso exige la positiva estimación de que el hecho "no es constitutivo de delito" o no está justificada la perpetración del hecho, procediendo el provisional si aún estimando que el hecho "puede ser" constitutivo de delito no hay autor conocido.

En definitiva, en los procesos en que existen indicios de la comisión del hecho y su valoración como delito en términos de probabilidad razonable no procede el sobreseimiento y se justifica la continuación de la causa.

2º) En segundo lugar decidir el sobreseimiento o la apertura del Juicio Oral corresponde en el Procedimiento Abreviado precisamente al Instructor (art 779 a 783 de la LECriminal) no al Tribunal competente para el enjuiciamiento como sucede en el Proceso Ordinario (art 622 y ss.). Diferencia de indudable significación y trascendencia:

En efecto en el Ordinario, después del Auto de conclusión del sumario (art 622 de la LECriminal) el Instructor remite lo actuado al Tribunal a quién compete decidir si revoca la conclusión (art 630 de la LECriminal), si decreta el sobreseimiento libre o provisional (art. 632 y 634 y ss de la LECriminal) o si ordena la apertura de la fase del Juicio Oral (art 632 y 649 y ss). En el Abreviado el esquema de la fase intermedia se invierte: al Juez de Instrucción se atribuye la competencia para decidir, concluida la fase de investigación, si el proceso debe finalizar en ese momento definitiva o provisionalmente con Auto de sobreseimiento o si por el contrario debe continuar con el trámite de presentación de los escritos de acusación; y aún a la vista de la acusación decide si abre el Juicio Oral o sobresee (art. 779, 782 y 783 de la LECriminal).

Un sector doctrinal ha hecho notar que el significado de esta diferencia va más allá de la simple búsqueda de la celeridad procedimental. El legislador, desde la perspectiva de la imparcialidad judicial, pretende lograr, en ese aspecto, mejores garantías que las que ofrece el Procedimiento Ordinario. En efecto, sentado como premisa que la decisión judicial de sobreseer o de abrir el Juicio Oral de un proceso entraña siempre un pronunciamiento sobre el fondo del asunto siquiera sea con carácter provisional y sobre bases indiciarias, el legislador ha querido que esa tarea corresponda al Instructor que no tiene competencia para el enjuiciamiento preservando al órgano judicial que sí lo tiene del peligro de prejuzgar la pretensión y perder con ello su imparcialidad para conocer de lo mismo en Juicio Oral y decidir en sentencia de fondo.

Compatibilizar ese fin implícito en el régimen jurídico de la fase intermedia con el hecho aparentemente contradictorio de que el Auto decisor del Instructor, sobreseyendo o bien ordenando la continuación de la causa, sea recurrible en apelación ante el Tribunal del enjuiciamiento exige referir la

decisión de la alzada a la pura fiscalización o control de la legalidad de la decisión recurrida, porque sería contradictorio provocar por la vía del recurso lo que se pretende evitar con la atribución al Instructor, y no al Tribunal, de la competencia para decidir el sobreseimiento o la apertura del Juicio Oral. Control de legalidad que por una parte incluye la comprobación de que la decisión procesal se acomoda a sus normas reguladoras, y por otra excluye que el Tribunal haya de realizar un nuevo juicio valorativo a partir directamente del resultado de las diligencias sumariales extrayendo de ellas las exigencias objetivas y subjetivas de un tipo penal, -como sí es el juicio de valoración hecho por el Instructor, en el ejercicio de sus atribuciones- para a partir del suyo confirmar el de éste si son ambos coincidentes o sustituirlo por el de la Sala en caso contrario. Es obvio que si ocupara la Sala la función valorativa del Instructor –que no tiene limitado el alcance de sus razonamientos por no ser el encargado del enjuiciamiento posterior- incurriría el Tribunal en el prejuicio contaminante que el legislador busca evitar.

SEGUNDO.- Sentados los anteriores dos principios básicos que delimitan el alcance de esta resolución, hacemos constar que el Auto recurrido contiene una muy técnica y bien construida motivación que explicita clara y razonablemente los fundamentos fácticos y jurídicos de la resolución. Los de hecho, siendo el objeto de las querellas el delito continuado de prevaricación, se obtienen en su práctica totalidad de los testimonios documentales de las actuaciones procesales en las que se encuentran las resoluciones que se dicen constitutivas de prevaricación. Los de derecho se integran por una síntesis completa de la doctrina jurisprudencial sobre el tipo de prevaricación judicial, y por las valoraciones del Instructor de las resoluciones analizadas como intencionadamente contrarias a las leyes e incompatibles con cualquier interpretación razonable de ellas; de donde concluye que pueden constituir un delito de prevaricación, en lo que es en esta fase del procedimiento un juicio provisional de tipicidad, como corresponde a la fase sumarial a que esta valoración pertenece.

Al respecto procede hacer las siguientes consideraciones:

a) Son prematuras en esta fase del proceso las numerosas alegaciones del recurrente que se sitúan en el planteamiento argumental propio de un enjuiciamiento por corresponderse con el fundamento de la condena o la absolución por el delito. Lo que aquí se cuestiona es otra cosa: es única y exclusivamente si está o no justificada la existencia del proceso y más exactamente si lo está su mantenimiento o sea la continuación de su

sustanciación, o si por el contrario carece ya de justificación y procede por ello su sobreseimiento. Ésta es, y no aquélla, la cuestión decidida por el Instructor al denegar el sobreseimiento y por ello la única que este Tribunal ha de resolver en este trámite de apelación. Y hemos de decir claramente que los argumentos de impugnación que pudieran cuestionar o atacar los fundamentos fácticos y jurídicos de una hipotética condena por prevaricación no necesariamente se oponen ni desvirtúan los que bastan para justificar la sustanciación del proceso, que es de lo que aquí se trata. Y el proceso se justifica cuando tras su incoación no sobrevienen las causas del sobreseimiento, es decir cuando sustanciándose el proceso, abocado inicialmente a un enjuiciamiento final, no aparece que falte el presupuesto necesario para sustentar una acusación razonable; y bien entendido que tal presupuesto se cumple con que se desprenda con carácter indiciario el hecho que se dice delictivo y que se den en él las condiciones para sostener de modo no ilógico ni temerario un provisional juicio de tipicidad. La concurrencia de esos presupuestos justifican el proceso, legitiman su sustanciación e impiden su sobreseimiento, desplazándose entonces al enjuiciamiento del plenario el superior nivel de exigencias que en lo fáctico y en lo jurídico se precisan para un Fallo condenatorio.

b) En este caso, una vez acordada la incoación del proceso con la admisión a trámite de la querrela por no ser —se decía en el Auto de admisión— la subsunción en el tipo de prevaricación “*ab initio*” descartable, y por considerarse que no era esa una hipótesis absurda ni irracional a la vista de los hechos considerados, que eran los relatados en la querrela, habrá de ser el resultado de la actividad investigadora del Instructor lo que habrá de valorarse ahora en cuanto ese resultado se oponga o desvirtúe lo que hizo precedente la incoación. Como razona acertadamente el Auto recurrido, si la actividad investigadora del Instructor no ha añadido nuevos datos de hecho, significativos o sustanciales a los que ya conocía quien decidió la admisión de la querrela o denuncia cuando ordenó incoar el procedimiento, es evidente que, de la misma manera que el Instructor no puede contradecir la decisión sobre la competencia de la Sala, ni la pertinencia de iniciar el procedimiento contra el aforado, el sentido de la decisión del Instructor que cierra la fase previa vendrá determinada por el juicio de relevancia penal del hecho objeto de la querrela admitida que se adoptó, precisamente, al admitirla a trámite.

Por lo tanto respecto de aquellas valoraciones asumidas en la decisión previa al juicio que adopta el órgano de enjuiciamiento que no le inhabilitan para juzgar, el Instructor sólo está desvinculado si puede fundar su decisión en

datos de hecho nuevos, diversos y de contraria significación a los que aquél órgano del juicio tuvo a la vista cuando dictó las indicadas resoluciones previas al Juicio Oral.

c) En el caso presente, el control que la apelación exige pone de relieve que el Auto recurrido se apoya en elementos de hecho que el Instructor en su investigación sumarial ha extraído del resultado material de las diligencias practicadas. Ni en éstas aparece nada relevante y con alcance jurídico penal que haya sido olvidado por el Instructor al motivar el Auto denegatorio del sobreseimiento, ni los datos que en la motivación de la resolución aparecen como sometidos a su juicio de tipicidad carecen de apoyo en el resultado de aquéllas. Ni, finalmente, se aprecia motivación o incorporación parcial que desfigure su contenido provocando por ello una valoración jurídico penal equivocada. Tales datos fácticos se contienen lógicamente en los testimonios de los particulares procesales, en que sitúan las decisiones jurídicas de las que el querellante afirma su tipicidad penal como delito de prevaricación: El Auto querellado dictado el 19 de diciembre de 2006; el informe del Ministerio Fiscal de 1 de febrero de 2008 contrario a la competencia objetiva de la Audiencia Nacional; la magnitud de las instrucciones recabadas por el querellado antes de decidir su cuestionada competencia; el Auto de 16 de octubre de 2008 en que afirma su competencia y despacha lo que denomina los “escollos” de la irretroactividad, la prescripción de los delitos y la extinción de la responsabilidad penal por razón de la Ley de Amnistía, autorizando la práctica de exhumaciones; y el Auto de 18 de noviembre de 2.008, dictado tras apelar el Ministerio Fiscal el Auto de 16 de octubre, inhibiéndose a favor de otro juzgado tras declarar extinguida la responsabilidad penal de diversas personas por fallecimiento, por el concreto delito “contra altos organismos de la Nación y Forma de Gobierno”.

En lo que respecta a lo jurídico repetimos una vez más la improcedencia de anticipar a la fase del sumario un juicio pleno de tipicidad, propio del plenario, donde ha de resolverse tal cuestión con las garantías de un Juicio Oral público y contradictorio. Y reiteramos la suficiencia, ahora, de constatar para resolver la justificación de la continuación del proceso, o sea de la improcedencia de su sobreseimiento, la razonabilidad de un juicio de tipicidad provisional con el alcance estrictamente necesario para excluir la certeza o seguridad de que los hechos indiciarios son atípicos porque para dar en el sumario por terminado el proceso a través de un sobreseimiento lo que se precisa positivamente es la certeza de que los hechos no son típicos; y en

tal sentido el art. 779 de la LECriminal condiciona tal resolución a que se estime “que el hecho no es constitutivo de infracción penal”.

La lectura del Auto recurrido, que recoge con precisión las líneas principales de la doctrina de esta Sala sobre el delito de prevaricación, y que desarrolla ampliamente las razones por las que el Instructor considera las resoluciones dictadas como contrarias a derecho, analizándolas sucesivamente y contrastándolas con las diferentes normas jurídicas de aplicación, basta para poder apreciar, sin prejuzgar la existencia o no del delito, que ni hay certeza sobre la inexistencia del delito, ni es arbitraria, ilógica o absurda una posible calificación acusatoria por prevaricación. En consecuencia no apreciamos ilegalidad alguna en la decisión del Instructor al denegar en esta fase del procedimiento el sobreseimiento de la causa.

En conclusión, la naturaleza sumarial de la resolución dictada, ajena a los planteamientos propios del juicio plenario, unida a la facultad competencial del Instructor para decidir la justificación del mantenimiento del proceso, y la razonable motivación del Auto excluyendo que concurra ahora el supuesto legalmente previsto para ordenar su sobreseimiento, unido a que no apreciamos en el control de legalidad que el Auto adolezca de errores fácticos ni que sea ilógico su provisional juicio de tipicidad, conduce necesariamente a la desestimación del recurso.

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Desestimar el Recurso de Apelación interpuesto por la representación legal de **D. BALTASAR GARZÓN REAL** contra el Auto de tres de febrero de dos mil diez, dictado en esta causa por el Excmo. Sr. Magistrado Instructor; y en su virtud confirmamos la referida resolución por la que se declara no haber lugar al sobreseimiento de la causa.

Remítase testimonio de esta resolución al Excmo. Sr. Magistrado Instructor y comuníquese a las partes.

Así lo acordaron, mandaron y firman los Excmos. Sres. que han formado Sala para ver y decidir la presente, de lo que como Secretaria. Doy fé.

Juan Saavedra Ruiz **Adolfo Prego de Oliver y Tolivar** **Joaquín Giménez**
García

Francisco Monterde Ferrer **Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**

